

【論 説】

パブリシティ権とアメリカ合衆国憲法修正第一条

佐々木 秀 智

目 次

- 一 はじめに
- 二 パブリシティ権の基本構造
- 三 パブリシティ権侵害に関する修正第一条上の審査基準の構築
- 四 おわりに

一 はじめに

産業革命以降に形成された産業社会において法的に保護される財産は、有体物であることが前提とされていた。しかしながら、情報といった無体物に対しても法的保護を講じる必要性が強く認識されてきた。そこで現行法制度による対応と同時に、知的財産権の創設等の新たな法制度による対応が行われてきた。

さらに映画・テレビ、プロスポーツといったエンターテインメント産業の成長等によって商業文化が発展したことによって、映画俳優、プロスポーツ選手等の「有名人」(celebrity)といわれる人々が出現した。そしてこの有名人の氏名・肖像等に対して社会的注目が集まるようになり、それを利用した広告等が行われるようになった。このことから、氏名・肖像等に金銭的価値が生じることとなり、それを法的に保護する必要性が一般に認識されるようになった。

アメリカにおいては、当初プライバシー権でもって氏名・肖像を保護することが試みられた。しかし、本稿で検討するように、プライバシー権は氏名・肖像の人格的利益に着目するのみで、金銭的価値については十分対応することができなかった。そこで、プライバシー権とは別個に、新たに「パブリシティ権」(right of publicity)との独自の権利を設けて金銭的価値の保護を図ることが試みられ、その具体的内容が形成されてきた。⁽¹⁾

しかしながら、パブリシティ権も、プライバシー権と同様に、その権利者に対して差止め等の一定の権限を付与することになり、情報の自由な流通を前提とする言論の自由と深刻な対立を生じさせることとなる。そのことから、パブリシティ権侵害を認める際には、言論の自由とどのように調和を図るべきかが重要な論点とされてきた。この点についてアメリカにおいては、パブリシティ権と言論の自由の調整、すなわちパブリシティ権侵害に関する言論・プレス⁽²⁾の自由を保障する合衆国憲法修正第一条上の合憲性審査基準の構築が試みられてきた。

わが国においても、パブリシティ権が法的に保護されるものとして承認されている。⁽²⁾しかしながら、言論の自由との調整に関する議論は、十分ではないといわざるをえない。特に隣接する名誉毀損、プライバシー権侵害と言論の自由の問題に関する議論と比較すれば、このことは明らかである。もともと近時、これまた隣接する著作権と言論の自由に関する議論が活発になされ始めていることもあり、⁽³⁾パブリシティ権と言論の自由に関する議論も、その必要性が認識されるものと思われる。

そこで本稿は、パブリシティ権侵害に関して合衆国憲法修正第一条上いかなる審査が行われ、どのような審査基準が構築されてきているのかを検討する。ここでは、まずアメリカ法においてパブリシティ権の基本理論がどのように構築されているのかを明らかにし、そのうえで修正第一条上の審査が行われた判例を分析する。この問題については、アメリカ法学においても様々議論が活発になされており理論的側面の分析も重要であるが、本稿は、紙幅の制約から、その前提作業である判例の分析に検討対象を限定する。

注

- (1) アメリカにおけるパブリシティ権全般に関する文献として、*See, e.g., J. THOMAS MCCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* (3d ed. 2008); *DAVID S. WEIKOWITZ AND TYLER T. OCHOA, CELEBRITY RIGHTS: RIGHTS OF PUBLICITY AND RELATED RIGHTS IN THE UNITED STATES AND ABROAD* (2009).

- (2) わが国のパブリシティ権に関する判例の状況につき、菊地浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析(上)(下)」判タ 三四六号(二〇一一年)二三頁、一三四七号(二〇一一年)三二頁参照。またパブリシティ権に関する文献としては、同論文脚注(一)に列挙されている諸文献がある。ここで、わが国では人格権の一部としてパブリシティ権を理解する見解が有力であるが、本稿で検討するように、アメリカにおいては財産権の一つとして理解するのが一般的である点に注意しなければならない。
- (3) この問題に関しては、さしあたり、山口いつ子『情報法の構造—情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会・二〇一〇年)、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社・二〇一一年)参照。

二 パブリシティ権の基本構造

はじめに、アメリカ法上パブリシティ権がどのように保護されているかについて検討する。まず二〇〇八年時点で、二八の法域でパブリシティ権が承認されている。⁽¹⁾ パブリシティ権の法源について、制定法によって権利が認められて

いる法域（ニューヨーク、カリフォルニア州等⁽²⁾）、モンロー上でのみ認める法域がある（オクラホマ州⁽³⁾）。前者については、さらに制定法上のみを法源とする法域（ニューヨーク、ヴァージニア州等⁽⁴⁾）と、モンローを排除しない法域（カリフォルニア、イリノイ州等⁽⁵⁾）とが存在する。そして、パブリシティ権を法体系の中でどのように位置づけるかについても統一的な立場は存在せず、第二次不法行為法、第三次不正競争法それぞれのリスティメントにおいて、それぞれの見地から氏名・肖像の保護に関する記述がなされている。次に、パブリシティ権の基本的な性格としては、「個人、とりわけ公的人物又は有名人が、自らの氏名・写真又は肖像の商業的価値及びその利用をコントロールし、また他人が商業的利益をえるために、その価値が不当に冒用されるのを防ぐ権利」を意味するとされたり、「いわゆるパブリシティ権は、偶発的なもの又は管理された若しくは予定されたものであるところの氏名・肖像に対する公衆の反応が、商業的に使用可能な個人の氏名・肖像に対して付与するもの」を意味するとされたりしている⁽⁷⁾。そこで、ここではまず二つのリスティメントを整理し、そのうえで判例において構築されてきたパブリシティ権の基本理論及びその具体的内容を分析する。

（一）リスティメントにおけるパブリシティ権の位置づけ

A 第二次不法行為法リスティメント

一九六五年に公表された第二次不法行為法リスティメント（RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS）第六五二条Cは、「他人の氏名又は肖像を、自らの使用又は便益のために冒用する者は、プライバシー侵害の責任を負う」としている。同条に関するコメントaによれば、本条によって保護される利益は、個人のアイデンティティが当該個人の氏

名・肖像によって表出される限りにおいて、又はその使用が当該個人若しくはその他の者の便益となる限りにおいての、アイデンティティの独占的使用に関する個人の利益である。また精神的苦痛に対する個人の主観的感情の保護が本条の承認に至った重要な要素であるが、ここで創設された権利は、財産権の性格を有しているとされている。その理由としては、排他的ライセンズが第三者に付与され、ライセンズされた者は、それを保護するための行為を継続しなければならぬ地位におかれることがあげられている。

またコメントbによれば、同条の対象とするブライバシー侵害の一般的な形態は、原告の氏名・肖像を、被告の事業若しくは商品の広告、又はその他の類似の商業目的のために冒用及び使用することである。もともとここでは、商業的な冒用に限定されず、被告が原告の氏名又は肖像を自らの目的及び便益のために使用する場合、さらには当該使用が商業的なものでなく、また得られる便益が金銭的なものでない場合にも、権利侵害が成立するとされる。もともと、氏名・肖像の商業的使用に賠償責任を限定する州もあると指摘している。

B 第三次不正競争リステイメント

一九九五年に公表された第三次不正競争法リステイメント (RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION) 第四六条は、パブリシティ権侵害に関して、次のように定義している。

「その者の同意を得ることなく、取引目的で個人の氏名・肖像又はその他のアイデンティティの標識を利用することによって、個人のアイデンティティの商業的価値を不正に取得した者は、第四八条及び四九条に基づいて、適切な救済を講じる責任を負う。」

そして同条に関するコメントaは、不法行為法リステイメントとの対比において同条が、氏名・肖像が「取引目的」(for the purpose of trade) で使用される場合を前提とし、それによって不公正な競争が行われ、商業的な損害

(commercial injury)が生じた場合に、同条の対象が限定されるとしている。もっとも、不法行為法リステイトメントとは重複する部分が多く、同条が「直接適用されることはないが、ここで示された法理は、個人のアイデンティティの不当な商業的使用によって生じるプライバシー権に基づく訴訟を検討する際の類推として、有益である」とも指摘されている。

さらに同条に関するコメントbにおいては、関連する他の法理との比較がなされている。まずプライバシー権に関しては、前述の違いに加えて、プライバシー権侵害のみの場合、有名人は、知名度が高ければ精神的な苦痛も少ないとされ、権利保護が不十分なものとなる点が問題視されている。また、個人のアイデンティティの譲渡等のアイデンティティに関する取引に対して足かせとなりうる点も問題視されている。そのうえでコメントbは、パブリシティ権侵害についてアイデンティティの商業的価値の冒用とし、プライバシー権侵害についてアイデンティティの無権限使用によって生じた個人の精神的損害と位置づけている。もっとも、このように二つの権利を明確に区別する法域もあれば、統一している法域もあり、明確な立場を示していないところもあるとされている。さらに、商業的価値は有名人しか認められない、又は有名人は精神的損害を請求できないというわけではなく、逆に無名人人物であっても、商業的価値が認められないということもないとされている。

次に同条に関するコメントcは、個人の氏名・肖像は、特定の商用ソースから発出する商品又はサービスの顕著な部分となった場合、商標として保護されることから、商標との区別について検討している。そこで、氏名・肖像の冒用が、①商品若しくはサービスのソース又はスポンサーシップに関して混乱を生じさせた場合、商標権侵害となり、②商品又はサービスのマーケティングにおいて他人の氏名・肖像を不正に使用し、当該使用が、使用によって識別された人物が推奨している、又は当該商品若しくはサービスに関係を有すると潜在的購入者に確信させる可能性が高い場

合、不正競争法上の詐欺的マーケティングとなるとされている。一方、著作権との区別についてコメントは、個人の氏名・音声等について著作権を取得することができないこと、個人の写真又は肖像画に関する著作権は、その特定の写真等に発生するのであって、そこに写っている個人の肖像そのものまで対象とならないこと等を指摘している。⁽⁹⁾

(二) パブリシティ権の基本理論

A 財産としてのパブリシティ

第三次不正競争リステイトメントも指摘するように、パブリシティ権は、財産権として理解されるのが一般的である。判例においてもパブリシティ権は、名誉、プライバシーとは明確に区別され、著作権等の知的財産権に類似するものと位置づけられてきている。

名誉、プライバシーとの区別について、人間大砲ショー興行を行っていた者が、興行先の地元テレビ局が無断で人間大砲ショーの全部をニュース番組で報道したことによって、オハイオ州法上のパブリシティ権を侵害されたとして提起した訴訟において、オハイオ州最高裁判所が、同州法がニュース番組で放送された題材に関してパブリシティ権が認められないとの特権をプレスに対して認めていることが、修正第一条上の要請であるとして、パブリシティ権侵害を認めなかったことを不服として、興行者側が裁量上訴を申し立てた、一九七七年の *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* が重要である。⁽¹⁰⁾ 本件判決において合衆国最高裁判所は、プライバシー権、特に一般人に誤解を生じさせる事実の公表（以下、「公表プライバシー」という）との比較において、パブリシティ権の性格について検討している。⁽¹¹⁾

まず合衆国最高裁判所は、公表ブライバシーとパブリシティ権は、訴訟原因の根拠となる州の利益、即ち保護法益が異なっているとしている。公表ブライバシーが根拠とする州の利益は、名誉毀損と同様の精神的苦痛等を含む名誉であり、一方、パブリシティ権が根拠とする州の利益は、その者の興行の一部となる活動に関する個人の財産的利益であるとされている。そして合衆国最高裁判所は、パブリシティ権が、ブライバシー権よりも知的財産権に近いものであるとの立場を採用し、その根拠として、パブリシティ権が「その者の努力への報酬として受領する個人の権利に焦点を当てており、感情又は名誉の保護とはほとんど関係を有していない」ことをあげている。⁽¹²⁾

次に合衆国最高裁判所は、これら二つの権利について、公衆への情報発信に対する侵害の度合いが異なる点を重視している。⁽¹³⁾ 公表ブライバシーにおいては、権利侵害的な事実の公表を最小限のものとすることが試みられるのに対して、パブリシティ権の場合には、当該公表によって誰が利益を得るのが唯一問題となるとされている。ここでは、興行者が、自らの活動の広範囲にわたる公表について、当該公表の営利的便益を得ることができる限り、通常は異議を申し立てないことが指摘されている。特に損害賠償の手段として本件の興行者が、自らの活動の放送の差止めを求めておらず、放送の金銭的補償を求めている点が重視されている。そしてこのことが、後述のように、パブリシティ権と修正第一条との関係を考える上で重要となっている。

以上の合衆国最高裁判所のパブリシティ権理解に加えて、連邦下級裁判所、各州裁判所においてもパブリシティ権に関する検討がなされてきた。そして合衆国最高裁判所と同様にパブリシティ権を財産権の一つとする見解が、一般的な支持をえている。

このことについて、最初にパブリシティ権について明確な定義づけを行った、ある製菓会社に対して、その販売するガムに同封されているカードにプロ野球選手がその氏名・肖像の独占的使用を認める契約をしていたが、被告の製菓会

社が同契約に違反した使用を行ったことが問題となった、一九五三年の *Hadam Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* において合衆国第二巡回区控訴裁判所は、「プライバシー権に加え、かつ独立したものとして、個人は、自らの写真においてパブリシティ価値に関する権利を有している。すなわちそれは、自らの写真を公表する独占的特権を付与できる権利であり、当該付与が『それ自体として』(in gross)、すなわち業務上又はその他の付随的移転なしで行われることは、合法的なものとされる」と指摘して、パブリシティ権が独自の財産権の一つであることを明らかにしている。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

さらに同裁判所は、パブリシティ権が、感情等の人格的利益を保護するものではなく、専ら財産的利益を保護するものであることについて、「多数の著名人は、自らの肖像が公衆にさらされることによって傷ついた自らの感情とは別に、新聞、雑誌、バス、列車及び地下鉄で掲げられる、自らの表情を発信する広告の許諾によって、もはや収入を得ることができなくなった場合、かなりの喪失感を味わうだろう」と経済的な観点からの分析を提示し、そのうえで「パブリシティ権は、著名人が自らの写真の他の広告主による利用を禁止する排他的ライセンスを対象としない限り、有名人に対して何らの金銭的利益を生じさせない」と、パブリシティ権の必要性を指摘している。⁽¹⁶⁾

そしてパブリシティ権とプライバシー権の二つの権利を区別する具体的な理由として、ある俳優が自らのアイデンティティが侵害されたとして、パブリシティ権ではなく、プライバシー権侵害で訴訟を提起した、一九九五年の *PETA v. Bobby Berossini* においてネバダ州最高裁判所が、これらの不法行為を区別する根拠が、それぞれが保護しようとしている利益の違いであるとして、次のようにまとめている。⁽¹⁷⁾

「冒用に関する不法行為が保護しようとしているのは、プライバシーに関する個人の人格的利益である。人格に関する損害は、一般的に個人のアイデンティティの冒用によって生じる精神的苦痛の点から判断される。パブリシティ権

は、有名人が自らの氏名に有している財産的利益の保護を目的としている。ここでの損害は、人格的なプライバシーではなく、有名人が自らの氏名に有している財産的利益に対して他人が妨害する場合に、有名人が被る経済的損失である。」

これに対してニューヨーク州のみは、市民的権利法 (Civil Rights Law) 第五章「プライバシー権」において、「広告又は取引目的で、生存する個人の氏名・肖像若しくは写真を、当該個人の書面による同意を得ずに、使用した」者に対して、それぞれ刑事責任 (五〇条)、民事責任 (五一条) を課している。このことから、プライバシー権をプライバシー権の一部として捉えた判例法が形成されている。

B パブリシティ権の根拠に関する議論

また *Zacchini* 判決において合衆国最高裁判所は、パブリシティ権が保護される根拠について検討を行っている。前述のように合衆国最高裁判所は、知的財産権に類似するものとしてパブリシティ権を理解していることから、経済的価値の保護と、知的財産権の根拠として提示されているインセンティブ論⁽¹⁸⁾の二つを前提とした立場を採用している。⁽¹⁹⁾

まず経済的価値の保護について合衆国最高裁判所は、「上告人の公演のすべての映像を放送することは、当該公演の経済的価値に対して著しい脅威を与える」との認識を示したうえで、本件で問題となった「公演は、上告人自身の才能及び気力の成果であつて、多くの時間、努力、犠牲の最終的な結果である。当該公演の経済的価値の多くは、『実演家による公演に与えられたパブリシティに対する排他的コントロール権』の中に存在する」と指摘している。⁽²⁰⁾そして公演が無料の地上波放送で放送されることによって、公演料収入が減少すると認定したうえで、「パブリシティ権を保護する根拠は、営業権の窃取による不当利得を防止するとの直接的なものである。市場価値を有し、被上告人も通常は料金を支払う上告人の肖像を、被上告人が無料で入手できるようになれば、何らの社会目的も達成されない」とし

ている。⁽²¹⁾さらに合衆国最高裁判所は、「上告人の公演すべてを放送することは、他人の氏名の取引を目的とした無権限使用又はプレスによる氏名若しくは写真の偶発的な使用とは異なり、上告人が実演家として生活する費用を稼ぎ出す手段の核心部分に到達する」とも指摘している。

次に経済的インセンティブ論については、原審であるオハイオ州最高裁判所判決も、パブリシティ権を保護することによって、公衆が関心を寄せる公演を制作するような経済的なインセンティブを実演家に与えることを根拠として採用しており、合衆国最高裁判所も、それを支持している。そのうえで合衆国最高裁判所は、このような根拠論に基づいた知的財産法は、「権利保有者への報酬を補助的考慮事項とみなしているかもしれないが……、知的財産法は、公衆の便益となる作品の制作をさらに奨励するために、明らかに価値のある執行可能な権利を付与することを目的としている」と指摘し、「合衆国憲法は、オハイオ州がこの種の作品の制作を奨励するために実演家のインセンティブを保護すると決定する際に、知的財産法と同様の選択を行うことを禁止しない」と結論づけている。⁽²²⁾

さらに合衆国最高裁判所の提示した二つの根拠論に加えて、連邦下級裁判所判例においては、資源の再配分、消費者保護が、パブリシティ権の根拠としてあげられている。資源の再配分に関しては、「共有地の悲劇」(tragedy of commons)論を引用して、パブリシティ権によって人工的に創設された稀少性がなければ、アイデンティティがそれぞれの使用の限界価値がゼロになるまで商業的に搾取されるとし、人工的な稀少性は、有名人の価値、有名人の肖像の使用契約を締結した広告主の価値、そして最終的には、当該商品を購入した消費者の価値を保護することから、アイデンティティの商業的使用についてコントロール権を認めることが、アイデンティティの経済的・情動的価値を最大化すると指摘されている。⁽²³⁾また、消費者保護に関しては、第三次不正競争法リストイメント第四六条コメントcが、「詐欺又は混乱の証明が本条に基づく責任の要素とはならないが、パブリシティ権は、推奨又はスポンサーシップ

の虚偽表示に対して間接的な保護を与える」としている。一方、人格的利益を含む、非経済的な観点からの根拠論も、自然権論、労働価値論、精神的苦痛防止論等があるが、一般的な支持を得るには至っていない。⁽²⁴⁾

そして、以上の根拠論は、後述の修正第一条上の合憲性審査における利益衡量の際に、重要な役割を果たしている。

(三) パブリシティ権の具体的内容

以上の基本理論に基づいて、パブリシティ権侵害の具体的要件が構築されてきた。ここでは、①被告による原告のアイデンティティの使用、②被告の利益（通常商業的なもの）となるような原告の氏名・肖像又は特徴的なキャラクターの冒用、③同意の不存在、④損害の発生⁽²⁵⁾の四つがあげられるのが一般的である。

ここでまず問題となるのは、この権利による保護対象となる「アイデンティティ」(identity)をいかに定義するかである。アイデンティティには、当初、氏名・肖像があげられていたが、その後肉声(voice)、写真等も追加されてきた。たとえばカリフォルニア州は、一九八四年に、個人の属性として、従来の氏名・肖像に加えて、肉声、署名(signature)も保護されるとの法改正を行っている。また制定法に関する判例法及びコンロー上も、対象が拡大する傾向にある。たとえばニューヨーク州の市民的権利法において、パブリシティ権の対象は、肖像画、写真、氏名とされているが、同州の下級裁判所判例によって、有名人のそっくりさん、マネキンも保護対象とされている。⁽²⁶⁾一方、ニュージャージー州のコンロー上のパブリシティ権に関して合衆国第三巡回区控訴裁判所は、劇の配役名についても保護対象となるとしている。⁽²⁷⁾その根拠として同裁判所は、「パブリシティ権とは、配役のアイデンティティ、又は個人が悪名若しくは名声を得た際に、その者に関連する明確なキャラクターに基づいた排他的権利である。当該悪名又は名声の価値を使

用する権利は、当該価値に係る個人に帰属」するとしただうえで、本件で問題となった配役に関して、「役名によって役者が認識されるようになったことを事実認定者に説得できるならば、役者は、法的に主張できる使用可能な利益を開発した」と結論づけている。⁽²⁸⁾

次に、そのアイデンティティが当該個人を識別するか否かの判断基準に関して、たとえばカリフォルニア州法では、写真の場合において、「容易に識別される」(readily identifiable)ものであることが要求され、「その写真を裸眼で見た者が、そこに映っている者が原告であることを合理的に判別できる」か否かとの判断基準が示されている。第三次不正競争法リステイトメント第四六条に関するコメントdは、個人識別性の判断に関して、被告によって使用された個人を識別するキャラクターの性質及び範囲、被告の故意、原告の評判、第三者によって実際に個人が識別されたとの証拠、聴衆の認識に関する調査又はその他の証拠といったものを、判断要素として提示している。

さらに、これらの冒用は、「広告」又は「商業的利用」においてなされなければならないとされている。この点について第三次不正競争法リステイトメント第四七条は、「個人のアイデンティティに関する氏名・肖像及びその他の標識は、使用者の商品若しくはサービスに使用されている、又は使用者によって売り出された商品につけられている、若しくは使用者が提供するサービスに関連付けられて使用されている場合、第四六条に基づいて『取引目的のために』使用されている」としている。

ここで「広告」とは、営利を目的としないものも含む、「関連商品又はサービスの販売促進を目的とした」顧客への勧誘と定義される。この点、ある病院が作成したカレンダーについて、そこで使用された写真に写っていた医師がパブリシティ権を侵害されたとして争った事例において、当該カレンダーが病院の収益を目的としたものであり、カレンダーが明らかに販売促進を目的としていることが重視され、広告に該当するとされている。⁽²⁹⁾一方、「商業的利用」は

漠然とした概念であり、次に検討する修正第一条上の審査基準による正当化事由に該当しない利用を対象とするものであるとされている。

偶発的な使用は、原則としてパブリシティ権侵害とならないとされている。たとえば、ある映画の中で、ある歌手が歌っているシーンが二七秒あり、また一回だけその歌手の氏名が台詞に使用された事例が、偶発的な使用であるとされている⁽³⁰⁾。また、あるプロスポーツ選手が記事として、自らの肖像が適切かつ公正に描写されている雑誌の広告に使用されたことも、偶発的なものであるとされている⁽³¹⁾。

以上の要件を満たし、パブリシティ権侵害が成立したならば、差止め、金銭賠償との不法行為法一般に用いられるものが、その救済方法として一般的に認められている（第三次不正競争法リステイトメント第四八条及び四九条）。

注

- (1) DAVID S. WELKOWITZ & TYLER T. OCHOA, CELEBRITY RIGHTS: RIGHTS OF PUBLICITY AND RELATED RIGHTS IN THE UNITED STATES AND ABROAD, 1 (2009).
- (2) ニューヨーク州に[○] N.Y. CIV. RIGHTS LAW §§ 50 & 51. カリフォルニア州に[○] CAL. CIV. CODE § 3344.
- (3) *Zachini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).
- (4) ニューヨーク州に[○] See *Stephano v. News Group Publications Inc.*, 474 N.E.2d 580, 583 (N.Y. 1984). マーシンニア州に[○] See *Falwell v. Penthouse Int'l, Ltd.*, 521 F. Supp. 1204, 1206 (W.D. Va. 1981).
- (5) カリフォルニア州に[○] See *Slivinsky v. Watkins-Johnson Co.*, 221 Cal. App. 3d 799, 807 (1990). イリノイ州に[○] See *Douglas v. Hustler Magazine, Inc.*, 769 F.2d 1128 (7th Cir. 1985) (Illinois).
- (6) *Estate of Presley v. Russen*, 513 F. Supp. 1339, 1353 (D.N.J. 1981).
- (7) *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal.3d 813, 160 Cal. Rptr. 323, 329, 603 P.2d 425, 431 (1979).
- (8) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION, § 14.

- (9) また一九七六年著作権法 (Copyright Act of 1976) に関する上院委員会報告書中の次の指摘において、パブリシティ権と著作権が異なるものであるとの認識が示されている (H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 132 (1976), *reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5748.)。
「これまで形成されてきたコモンロー上の『プライバシー』、『パブリシティ』の権利、及び営業秘密並びに名誉毀損・詐欺に関する一般法は、人格権侵害又は信託若しくは秘密保持義務違反といった、それらの訴訟原因が、著作権侵害とは本質的に異なる要素を有している場合に限り、影響をうけない。」
- (10) *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).
- (11) 本件判決は、ホワイター (Byron R. White) 裁判官が法廷意見を執筆し、バーガー (Warren Earl Burger) 首席裁判官及びステュアート (Potter Stewart) 、ブラックマン (Harry A. Blackmun) 、レーンクイスト (William H. Rehnquist) の各裁判官が同調している。これに対してパウウェル (Lewis F. Powell, Jr.) 裁判官が反対意見を執筆しており、ブレナン (William J. Brennan, Jr.) 、マースハル (Thurgood Marshall) 裁判官が同調している。またスティーブンス (John Paul Stevens) 裁判官も反対意見を執筆している。
- (12) 433 U.S. at 573.
- (13) *Id.*
- (14) *Haehn Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir.), *cert. denied*, 346 U.S. 816 (1953).
- (15) パブリシティ権を財産権としての位置づけることの利点として、譲渡可能性、相続可能性が一般的にあげられる。See Pamela Samuelson, *Revising Zacchini: Analyzing First Amendment Defenses in Right of Publicity and Copyright Cases*, 57 TUL. L. REV. 836 (1983).
- (16) 202 F.2d at 868.
- (17) *PETA v. Bobby Berrosini, Ltd.*, 895 P.2d 1269, 1283 (Nev. 1995).
- (18) インセンティブ論によって合衆国最高裁判所は、先例を引用して (*Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954)) 次のように説明している (433 U.S. at 576)。
「特許及び著作権の保障に関して連邦議会に権限を付与している憲法上の条項の背後にある経済思想は、個人による収入の

三 パブリシティ権侵害に関する修正第一条上の審査基準の構築

以上のパブリシティ権の基本構造を前提として、次にパブリシティ権侵害について修正第一条上どのような審査基準が構築されてきたのか検討する。

なお、ここで注意しなければならないのは、アメリカ合衆国憲法上の言論の自由が、きわめて広範囲のものを保護対象としている点である。わが国において営利的言論の自由に関する議論はきわめて低調であるが、アメリカにおいては盛んに議論され、営利的言論の自由に関連する合衆国最高裁判例が多数蓄積されている。⁽¹⁾ また表現媒体に関しても、新聞・雑誌、放送といった一般的、伝統的なものに加えて、さまざまな媒体も保護対象とされている。

また、パブリシティ権侵害と修正第一条の問題について検討する際には、次の二点について注意しておくなければならない。まず、パブリシティ権は、民事法上の権利であり、その侵害行為は民事訴訟手続に従って対応される私人間の法律問題である。一方の修正第一条は、政府による言論・プレス⁽²⁾の自由の不当な制約を規制するものである。したがって、パブリシティ権侵害と修正第一条は、ステイト・アクション⁽³⁾ (state action) の問題となる。⁽²⁾ 次に、パブリシティ権に関する法制度は、言論内容規制となり、修正第一条上の厳格審査基準が基本的に適用される。⁽³⁾

これらをふまえたうえで、まず *Zacchini* 判決における合衆国最高裁判所の合憲性審査基準及び保護の対象となる表現媒体について分析し、そして連邦下級裁判所、各州裁判所による具体的な合憲性審査基準の構築にむけた試みを検討する。

(1) *Zachini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 合衆国最高裁判所判決

Zachini 判決において合衆国最高裁判所は、前提問題として「上告人の州法上のパブリシティ権が、上告人の公演に関するニュース価値のある事実について被上告人が報道することを阻止する根拠とはならない」として、パブリシティ権侵害が修正第一条上問題となることを指摘し、また一方で「保護されるメディア報道か否かを、どの特定の状況でもって区別するにかかわらず、合衆国憲法修正第一条……が、実演家の同意をえずに、その公演をすべて放送する場合に、メディアを免責しない」として、修正第一条が言論の自由に絶対的な自由を保障していないことも確認している。そのうえで合衆国最高裁判所は、「合衆国憲法は、著作権保有者に対して何らの責任も負わずに、著作権の存在する演劇作品を撮影し、放送できる特権を与えるのと同様に、上告人の公演をテレビで放送したことについて上告人への賠償を被上告人に命じることを妨げない」と結論づけている。⁽⁴⁾ このことから、パブリシティ権侵害に関する合憲性審査において、定型的な対応ではなく、個別具体的な審査がなされることとなった。

また合衆国最高裁判所は、芸能ニュースの修正第一条上の保護の必要性及び保護のあり方について、ニュースと同様に芸能が修正第一条による保護を享受し、芸能そのものがまた重要なニュースとなるとしたうえで、次のように指摘している。⁽⁵⁾

「……上告人の公演における商業的利益が正当に評価されている限り、公衆及び被上告人が上告人の公演による便益を奪われるということはないという点に留意することは、重要である。上告人は、自らの公演の放送の差止めを求めている。上告人は、たんに公演に対する支払いを求めているだけである。また当裁判所は、州法上の損害賠償によ

る救済が *Gertz v. Robert Welch* 判決の文言又は趣旨に反する無過失責任の一種を意味すると考えていない。被上告人は、上告人が自らの公演が放送されることについて反対したにもかかわらず、その映像のすべてを放送したのである。」

ここで重要なのは、差止めが問題となっていないことである。ここで差止めが可能とされるのであれば、修正第一条との関係で深刻な問題、すなわち事前抑制の危険性が生じることになる。一方の金銭賠償に限定されれば、事前抑制の危険性は大幅に緩和されるといえる。また本件で問題となったオハイオ州法のように、ニュース番組においてパブリシティ権は認められないと適用除外を設けることに對して、包括的にはプレスを免責しないと指摘していることから、適用除外によって一律に対応するのではなく、利益衡量によって個別の検討を命じているといえる。このことについて合衆国最高裁判所も、「オハイオ州は、自らの州法上の問題として、本件の場合においてプレスに特権を認めることができるが、修正第一条……がそのような特権を認めるよう命じてはいない」と結論づけて、それを憲法上の要請とした原審判決を破棄している。⁽⁶⁾

またここで注意すべき点として、前述のパブリシティ権の根拠として経済的価値が提示されていることがあげられる。本件で上告人が収入の保障のみを主張しており、言論の自由との調整の観点からすれば、上告人の承諾を得ずに公演すべてを放送することが修正第一条上認められず、相当額の損害賠償でもってそのバランスが保たれるのである。以上の法廷意見に對して、パウエル裁判官執筆の反対意見が、憲法上の問題に關して批判を行っている。パウエル裁判官は、法廷意見が公演全部が放送されていることに着目したことを問題視しており、「放送局の通常のニュース報道に對して著しい責任を課す法廷意見は、厄介な含意を有している。というのも、本件判決がメディアの自己検閲を加速させる」と指摘している。⁽⁷⁾ その際パウエル裁判官は、記者・カメラマンがある公演を取材したテープを編集部が見て、その公演のすべてはどこまでかとの判断に確信がもてなくなることに懸念を示している。そのうえで同裁判

官は、「まず第一にニュースメディアの行動、すなわち放送局が取材フィルムをどのように利用するのかに着目すべきである」との立場を明らかにしている。⁽⁸⁾ 具体的には、本件のように、フィルムが定時のニュース番組の定型的な一部として使用された場合、修正第一条の観点から、パブリシティ権侵害等の責任は、当該ニュース放送が言い逃れ又は私的事項を対象としたもの、若しくは商業的使用であるとの有力な立証を原告が行わない限り、生じないとしている。

(二) 表現媒体と修正第一条

Zacchini 判決をうけて、連邦下級裁判所及び各州裁判所において、パブリシティ権侵害と修正第一条に関する具体的な審査が行われてきた。そのなかで特に、表現媒体の違いによって修正第一条上の保護の程度が変化するのかが問題となってきた。ここでは、小説、映画といったわが国でも言論の自由として保護されるものに加えて、プロ野球選手の手トレーディング・カード、Tシャツ等も、修正第一条の保護対象とされている。

まずプロ野球選手カードが修正第一条上保護されるかについては、ある会社がプロ野球選手をパロディ化したトレーディング・カードを販売したことを、MLB (Major League Baseball) 選手会がパブリシティ権侵害として争った、一九九六年の *Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players Association* において、合衆国第一〇巡回区控訴裁判所が、パロディのトレーディング・カードが修正第一条上の完全な保護を受けるとしたうえで、その根拠について「当該カードは、巨大な営利企業体であるMLBに關与する公的人物であるMLBの選手に關する社会的論評を提示している。中核的な政治的言論ではないけれども……、重要な社会的組織に關するこの種の論評は、保護される言論となる」と、端的に指摘している。⁽⁹⁾ この際同控訴裁判所は、次のように娯楽、パロディの社会的役割を検討したうえで、これ

らが修正第一条上の保護を受けるとの立場を明らかにしている。⁽¹⁰⁾

「情報提供型の言論と同様に、人を楽しませる言論は、修正第一条の保護を受ける。というのも、情報提供と娯楽の間に線引きをするのは、基本的権利の保障にとってわかりにくすぎるのである……。……パロディは、ギリシャの昔から社会的論評のユーモアのある方法であり、イギリス文学では常に用いられるものである……。これに加えて、トレーディング・カード等に用いられる風刺画・戯画は、わが国の歴史全体に通じる公的及び政治的議論において顕著な役割を有している……。したがって、公的人物及び当該人物が勤務する大手営利組織に関するトレーディング・カードでの論評は、当該カードが娯楽的なものであることを理由として、減じられた保護しか受けないということはない。」
もつともここでは、言論の価値、内容について、法的観点から詳細に検討することができるとかについて、きわめて懐疑的な立場をとっていることも明らかである。

また表現媒体によって保護の程度が異なることについて、「……修正第一条によって認められた保護は、決して新聞・書籍に限定されてこなかった」として、トレーディング・カードが伝統的な表現媒体ではないとしても、当該カードには、保護される言論が含まれているとされている。その根拠として同控訴裁判所は、トレーディング・カードの社会的役割について、特にその情報提供機能に着目して詳細に検討し、同カードの修正第一条上の位置づけについて、次のように指摘している。⁽¹¹⁾

「野球カードは、世紀を越えて野球選手に関する情報提供を公衆に対して行ってきた。『選手についてやり取りし、収集し、学ぶことは、子供達に共通する野球選手カードを購入する理由である』……。加えて、スポーツ以外のトレーディング・カードもまた、情報発信の重要な媒体である。……。これらのトレーディング・カードのすべては、その対象項目にかかわらず、その対象に関する情報を伝達し、したがって修正第一条の保護を受けるに値する重要な表現手

段となる。」

次に、トレーディング・カードが、商品等の販売促進目的で作成されることが多いことから営利的言論に該当し、修正第一条上の保護の程度が減じられる可能性が指摘されたが、この点に関して同控訴裁判所は、「……当裁判所による修正第一条上の審査において情報を提供する言論と売買取引に関する明確な区別を、当裁判所は発見していない……。表現に値する題材が販売されているという事実が、当該言論を修正第一条上の保護に値しないものとして、同条による保護の程度を変更したりしない」との基本的立場を示している。そして同控訴裁判所は、「当該カードが市場で販売されているにもかかわらず、営利目的で販売されていることを理由として、当該カードが営利的言論に変化するのではない」と指摘している。⁽¹²⁾

さらに、MLBが、選手の氏名・肖像等を無断で使用したことが、パブリシティ権侵害となるかが問題となった、二〇〇一年の *Gionfriddo v. Major League Baseball* においてカリフォルニア州第一上訴地区控訴裁判所は、「MLBは、毎日全国の何百万もの人々から支持されている……。公衆は、元選手によって打ち立てられた記録、過去の試合の忘れられない瞬間に熱い関心を有しており、当該記録・数字は、それらによってファンが今日の成績により楽しめる（又は非難できる）ような状況を提示するが故に、公衆の関心をひきつけ続けている」と、その社会的役割を指摘している。⁽¹³⁾ そのうえで同控訴裁判所は、「選手の運動能力に関する生データを列挙し、議論することは、重要な公共の利益にとつて必要なものであり、したがって、重要な憲法上の保護を受けるにふさわしい表現形態である」と結論づけている。⁽¹⁴⁾

他方、Tシャツが保護の対象となるかについては、あるコメディアンのリトグラフを作成し、承諾なしにTシャツに印刷して販売したことがパブリシティ権侵害となるかが争点となった、二〇〇一年の *Comedy III Productions v. Saderup* においてカリフォルニア州最高裁判所が、「被上告人の作品は、金銭的利益をあげるために作成されたが、『修正第一

条は、課金せずに公表する者に保護対象を限定していない。表現活動は、営利目的になされたことを理由として、その憲法上の保護を受ける地位を失わない』と結論づけて、修正第一条上の保護を認めている。⁽¹⁵⁾

(三) 合憲性審査基準構築への試み

A 利益衡量

次にパブリシティ権侵害に関する合憲性審査のあり方について、*Zacharia* 判決において合衆国最高裁判所は、名誉毀損、プライバシー侵害に関する法理がパブリシティ権侵害には類推適用されないとの見解を示し、一方で知的財産権に好意的に言及している。しかしながら、知的財産法の類推適用に関しては、連邦下級裁判所、州裁判所の中に消極的な立場も存在する。

たとえば、*Cartoon* 判決において合衆国第一〇巡回区控訴裁判所は、「本件における修正第一条とパブリシティ権の間の緊張関係の解決に際して、他の知的財産権の形式によるパロディに関する判例に指針を見出すことはできない」との立場を明らかにしている。⁽¹⁶⁾そこでは、商標法、著作権法ともに、修正第一条上の問題の発生を回避するための規定が構築されているが、パブリシティ権に関して同様の規定が構築されていない点が指摘されている。⁽¹⁷⁾

また *Comedy III* 判決においてカリフォルニア州最高裁判所も、特に著作権法上の公正な利用 (*fair use*) 法理について、同法理に採用されている要件の少なくとも二つ、すなわち著作権で保護された作品の本質、及び使用された部分の意義及び重要性が、可視的な表現媒体に固定された著作者の作品の部分的な複製に適用されることを特に想定していると指摘して、「これらの要件が、有名人の肖像の描写が修正第一条で保護されるか否かを判断する際に、何故に

とりわけ有用であるのかを理解することは困難である」と述べて、パブリシティ権法理に、公正な利用法理を包括的に移植することは賢明ではないと結論づけている。⁽¹⁸⁾

このように商標権、著作権等において構築されてきたような明確な基準がパブリシティ権には存在しないことから、前述のように利益衡量が行われることとなる。この利益衡量においては、前述のパブリシティ権の根拠論と、その対抗利益として言論の自由の根拠論、パブリシティ権を保護することによる弊害が検討される。

たとえば、*Cartoon* 判決において合衆国第一〇巡回区控訴裁判所は、「パロディは、社会のぼかげたもの、意味のないものを、手際よくかつ洒落でもって容易に明らかにすることができる。芸術家が自らの初期の作品に光を当てることを可能にする自己表現の有意義な手法であり、それと同時に、パロディは新たなものを創作する。したがってパロディは、社会批評及び自己表現の手法として、思想の自由市場において必要不可欠なコモディティである」とのパロディの社会的重要性を指摘している。⁽¹⁹⁾ 一方で、「修正第一条による保護がなければ、*Cartoon* 社のトレーディング・カード及び全米の娯楽のためにその腹立たしい論評が、公衆に自由に配信されることはない」とし、「パブリシティ権の文脈において言論抑圧の可能性は、商品が有名人の所有する人格 (*persona*) に関するものであることから、より大きなものとなる」として、私的検閲の危険性が指摘されている。⁽²⁰⁾ そしてこれらを考慮し、修正第一条上の保護を優先すべきとしている。

また、*C.B.C. Distrib. v. Mktg.* 判決においては、同判決で問題となった情報の「すべてが、すでに公の領域 (*public domain*) の容易に入手可能な状況にあり、全員が使用できるようになっている情報を使用する修正第一条上の権利を個人が有していないというのは、奇妙な法である」として、公の領域にあって、他の者が容易に入手できるものである場合、パブリシティ権として保護する必要性が低くなるとしている。⁽²¹⁾ また同判決では、MLBの選手がゲーム等に

採用されることによって、さらに収入を得ていることが重視され、このことによってパブリシティ権としての保護の必要性が減少するとされている。⁽²²⁾

もともと著作権等のような明確な審査基準が構築されずに利益衡量がなされることは、言論の自由に萎縮効果を生じさせることから、連邦下級裁判所及び各州裁判所によって合憲性審査基準の客観化が試みられている。そこでは、次に検討する三つの審査基準が採用され、その長短が議論されている。

B 関連性テスト

第三次不正競争法リステイトメント第四七条後段は、修正第一条の観点から「……『取引目的のために』使用されることは、通常、ニュース報道、論評、娯楽、フィクション若しくはノンフィクション作品において、……使用されることを含むものではない」としている。

このことについて同条のコメントcは、「制定法及びコモンローによって承認されたパブリシティ権は、表現の自由に関する公共の利益又は憲法上の利益によって、根本的な制約を受ける」と、パブリシティ権と言論の自由の調整の必要性を明確に指摘している。また同条が列举する適用除外事項について、「パブリシティ権に課される制約に含まれる活動の対象は、より広く解釈されてきた」との認識を示している。そして、氏名・肖像等の使用によって利益を得ようとした又は実際に得ることではなく、「氏名又は肖像が、関連付けられた人物とは関連しない作品に注目を集めるためにのみ使用された場合、使用者は、広告において他人のアイデンティティの使用に関する責任を負う」との関連性テストが採用されている。そのうえで実際の審査において、「修正第一条上の利益について検討する際には、物理的な使用形態だけでなく、当該使用の性質及び内容が最も重要である」とされている。これらについて、あるプロレス興行団体に所属する選手の写真がある出版社の発行する雑誌に無許可で掲載されたことが、ニューヨーク州市民的権

利法に違反するかが問題となった、一九八九年の *Titan Sports, Inc. v. Comics World Corp.* において合衆国第二巡回区控訴裁判所が、「これまで裁判所は、個人が自らの肖像の使用に関して有している使用コントロール権の保護と、どのような形をとるにせよ、思想、写真及びニュース価値のある事項の自由な発信に関する憲法上の保障との間の本質的な緊張関係に十分注意を払ってきた」と述べて、この基準を用いる必要性を指摘している。⁽²³⁾

関連性の存否の具体的な判断についてコメントcは、「ニュース若しくは娯楽と関連づけられた氏名又は肖像の使用は、当該使用がその基底にある作品と十分な関連性が存在しなければ、訴訟提起可能である」との基本的認識を示して、「表現の自由との関係から、必要とされる関連性は、自由に解釈されている」としている。⁽²⁴⁾ このことの例としては、公式の場合への出席又は公演における有名人の写真是、有名人のパブリシティ権を侵害することなく、新聞・雑誌において公表が認められるに十分なニュース価値を有しているとみなされるとされている。⁽²⁵⁾ その一方で、ニュースとなった出来事とは関連性がなく、たんにその人物のモデルとしての商業的価値を冒用する目的で、当該人物の写真を公表することは、とりわけ当該使用について支払いが慣習的になされていた場合には、パブリシティ権侵害が成立するとされている。⁽²⁶⁾

また、MLB選手の氏名・個人データを、許諾を得ずにテレビゲーム等の自らのファンタジー野球商品に関連付けて使用したことに対して、選手らがミネソタ州法のパブリシティ権侵害に基づいて訴訟を提起した、二〇〇七年の *C.B.C. Distrib. & Mktg. v. Major League Baseball Advanced, L.P.* において合衆国第八巡回区控訴裁判所は、先例を検討して、ビデオ・ゲームで表示された、写真、画像データ、コンセプト・アート、音声、音楽、ストーリー、ナレーションが修正第一条上の保護を受けることから、「CBCが、ファンタジー野球商品に関連付けて、双方向的な方式で各選手の氏名、ニックネーム、肖像、サイン、写真、プレー記録及び(又は)個人データを使用している」ことは、当

然修正第一条上の保護を受けるとしている。⁽²⁷⁾

C 変容テスト

変容テストは、*Comedy III* 判決においてカリフォルニア州最高裁判所が採用したものであり、公正な利用法理、とりわけ「当該使用の目的及びキャラクター」との第一要件を、パブリシティ権侵害に関する修正第一条上の審査における利益衡量に準用したものである。⁽²⁸⁾ 同判決においては、修正第一条上の抗弁を行うことができるのは、その表現が「変容」(transformative) したものでなければならずとされ、その判断要素として次の項目が提示されている。すなわち、①新たな表現、意味又はメッセージでもって当初のものを変更するような、更なる目的又は異なったキャラクターで何らかの新たなものを追加すること、②商業的な収益のための有名人の正確な描写又は模倣を超えて、重要な表現を付加すること、③有名人の肖像を、作品のまさに要約及びあらすじの描写又は模倣として使用するのとは逆に、原作が統合されたものの中の「生データ」(raw materials) の一つとして使用すること、④変容されたことによって、有名人の肖像というよりも、ほぼ被告自身の表現となっていること、⑤作品の大部分に、描写的又は模倣的なものではなく、創作的な要素が含まれていること、⑥芸術家の創作性、技能及び評価等の有名人の名声とは別のソースから主に生じる価値を有していること、⑦芸術家が単なる瑣末な点の変更以上の何らかのものに寄与し、また芸術家自身のものと認識できる何かを創作していること、の七項目である。

そして、タイガー・ウッズ (Tiger Woods) がオーガスタで優勝したことを記念して制作した絵画が、ウッズのパブリシティ権を侵害しているか否かが問題となった、二〇〇三年の *ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc.* において合衆国第六巡回区控訴裁判所は、変容テストに基づいて、当該作品が「ウッズの正確な描写のみを利用しており」ず、「芸術的な手法でスポーツの歴史的出来事を描写し、ウッズの偉大さについてメッセージを伝えて」おり、「ウッズのアイ

デンティティに作者自身の顕著な創作的要素を加えている」ことから変容しており、修正第一条の保護を受けると判断している。⁽²⁹⁾

また、あるミュージシャンの兄弟を、漫画の作品中で半身を虫、もう一方を人間として描いたことがパブリシティ権侵害となるかが問題となった、二〇〇三年の *Winter v. D.C. Comics* 判決においてカリフォルニア州最高裁判所は、「これらの作品が、原告に関する単なる伝統的な描写ではなく、原告の単なる肖像だけでない、著しく表現的な内容を含むものであると、容易に確認することができる」と判示している。⁽³⁰⁾

D 主要目的テスト

主要目的テストは、ホッケーの元プロ選手が、コミック本で悪党キャラクターとして描かれたことに対して、パブリシティ権侵害等を理由として訴訟を提起した、二〇〇三年の *Doe v. TCI Cablevision* において、ミズーリ州最高裁判所が採用したものである。⁽³¹⁾ 本件判決において同州最高裁判所は、まず前述の二つの審査基準を検討し、それぞれの問題点を指摘している。⁽³²⁾

まず二つに共通する問題点として、「これらのテストは、個人の氏名及びアイデンティティの数多くの使用が表現的で、かつ商業的な構成要素を有しているとの事実に対して十分な配慮を払ってこなかった。これらのテストは、その商業的使用を無視して、当該使用がとにかく表現的なものであるとされればいつでも、訴訟原因を否定するために用いられてきた」ことを指摘している。そして関連性テストの問題点については、「個人の氏名及びアイデンティティの使用は、当該使用が個人にとって唯一商業目的であって、他のものは関係ない場合にのみ、訴訟可能となる」と指摘している。また変容テストについては、「個人の有名人としての地位としてのキャラクターの変容又はフィクション化が、その唯一の目的が当該個人の氏名及びアイデンティティの商業使用である場合でさえ、訴訟を提起できないもの

とする」との問題があるとしている。

そのうえで同州最高裁判所は、これら二つの審査基準がパブリシティ権又は言論の自由のいずれかに偏ったものであり、適正な利益衡量とはなりえないとして、つぎのような主要目的テストを提示している。⁽³³⁾

「個人のアイデンティティの主に商業的価値を使用する商品が販売されるならば、当該商品は、パブリシティ権を侵害する一方で、他の状況においては『言論』と評価されるに値する幾分かの『表現的』内容を有していたとしても、修正第一条上の保護を受けない。一方で、当該商品の主要目的が、有名人に関する表現的な論評を行うことであるならば、当該表現的価値がより重要視されることになる。」

この主要目的テストは、*Zachini* 判決のパウエル裁判官の反対意見を基本とするものである。また *TCI Cablevision* 判決が指摘するような問題点が、関連性テスト、変容テストそれぞれにあるが、主要目的テストに関しても、何をもつて「表現的」とするのか、またどのようにして主要目的を認定するのか等、漠然とした部分が多いとの批判がなされている。⁽³⁴⁾

注

(1) この点に関して、拙稿「アメリカ合衆国憲法修正第一条における営利的言論の自由論」法律論叢八〇巻四・五号（二〇〇八年）二五頁以下参照。

(2) *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Assoc.*, 95 F.3d 959, 968 (10th Cir. 1996).

(3) *Id.* at 971.

(4) 433 U.S. 574-5.

(5) *Id.* at 578.

(6) *Id.* at 579.

(7) *Id.* at 580-1.

- (8) *Id.* at 581.
- (9) *Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players Assoc.*, 95 F.3d 959, 969 (10th Cir. 1996).
- (10) *Id.*
- (11) *Id.*
- (12) *Id.* at 970.
- (13) *Gionfriddo v. Major League Baseball*, 114 Cal. Rptr. 2d 307, 315 (2001).
- (14) *Id.*
- (15) *Comedy III Productions v. Saderup*, 25 Cal.4th 387, 106 Cal. Rptr. 2d 126, 133 (Cal. Ct. App. 2001).
- (16) 95 F.3d at 970.
- (17) たゞ、*ランハム法* (Lanham Act) は、商標権侵害に関して混乱発生の可能性の証明を要求しているが (15 U.S.C. § 1125(a)(1))、商標の巧みなパロディの場合、ユーモアがオリジナルとパロディの違いに見い出されることから、混乱の可能性は低いとされている。著作権法 (Copyright Act of 1976) の場合、公正な利用法理をもって、著作権のある題材を批判・論評のために用いることが認められつつある。See *id.* at 970-71.
- (18) 106 Cal. Rptr. 2d at 139.
- (19) 95 F.3d at 972.
- (20) *Id.*
- (21) 505 F.3d at 823.
- (22) *Id.* at 824.
- (23) *Titan Sports, Inc. v. Comics World Corp.*, 870 F.2d 85, 88 (2d Cir. 1989).
- (24) たゞ、*ニューヨーク州の市民的権利法* 第五条においては、「現実的な関係」 (real relationship) が存在しないことが、*ブリシテイ権侵害*におけるニュース価値に基づく違法性阻却事由の判断基準とされている。See *Lerman v. Flynt Distributing Co., Inc.*, 745 F.2d 123 (2nd Cir. 1984).
- (25) See *Douglas v. Hustler Magazine Inc* 769 F.2d 1128 70(7th Cir. 1985), *cert denied* 475 U.S. 1094 (1986); *Davis v. High Society Magazine, Inc.*, 90 A.D.2d 374, 457 N.Y.S.2d 308 (2d Dep't 1982).

- (26) 870 F.2d at 88.
- (27) C.B.C. Distrib. & Mktg. v. Major League Baseball Advanced, L.P., 505 F.3d 818, 823 (8th Cir. 2007).
- (28) 106 Cal. Rptr. 2d at 139.
- (29) ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc., 332 F.3d 915, 938 (6th Cir.2003).
- (30) Winter v. D.C. Comics, 30 Cal.4th 881 134 Cal. Rptr.2d 634 (2003).
- (31) Doe v. TCI Cablevision, 110 S.W.3d 363 (Mo.2003).
- (32) *Id.* at 374.
- (33) *Id.* なお、この主要目的テストは、以下の文献で提案されたものを、ミズーリ州最高裁判所が採用したものである。See Mark S. Lee, *Agents of Chaos: Judicial Confusion in Defining the Right of Publicity-Free Speech Interface*, 23 LOY. L.A. ENT. L. REV. 471 (2003).
- (34) Gloria C. Franke, *The Right of Publicity vs. The First Amendment: Will One Test Ever Capture The Starring Role?*, 79 S. CAL. L. REV. 945, 974-75 (2006).

四 おわりに

以上のパブリシティ権侵害に関する修正第一条上の合憲性審査に関する判例の動向の検討から、以下の諸点を指摘することができる。

第一に、パブリシティ権と言論の自由の調整作業の前提として、パブリシティ権概念の明確化が試みられている。そこでは特にコモンローの特質として、名誉毀損、プライバシー侵害、知的財産権侵害等の隣接する権利との差別化に重点がおかれている。

第二に、差別化の議論とも関連するが、パブリシティ権を保障する根拠に関する議論が盛んである。ここで注目すべき点は、この根拠論が、単なる法哲学的な観点からのみなされるのではなく、具体的な判決の中で、合憲性審査の際の利益衡量において、重要な判断要素の一つとされていることである。そして、パブリシティ権の根拠を財産的利益に根拠をおくとすれば、権利の外延が一定程度明確になる。これは、私的検閲、言論の自由への萎縮効果を考慮すれば、きわめて有益なものといえる。さらにまた、財産的利益を詳細に検討することで、言論の自由とのより適正な調整が図られるよう試みられている。

第三に、合憲性審査の観点からすれば、パブリシティ権に関する法理は、内容に基づく規制であり、厳格な審査基準が適用される。このことも、パブリシティ権概念をより明確なものとすべきとの傾向を助長するものである。そして具体的な合憲性審査においては、たとえば言論の自由への萎縮効果を考慮すれば、*Zacchini* 判決において合衆国最高裁判所が判示したように、損害賠償で対応可能な場合、差止めを命じることには慎重でなければならない。さらに、連邦下級裁判所及び各州裁判所においても、訴訟の具体的内容・状況をふまえた審査がなされているといえる。そこでは、たとえば保護対象となるアイデンティティに関する認定が詳細になされて権利の外延の明確化が試みられ、一方の修正第一条で保護される表現媒体の分析も詳細になされている。そして問題となった表現媒体がアメリカ社会においていかなる社会役割・機能を有しているかについて、詳細な検討がなされている。

第四に、名誉毀損、プライバシー侵害、知的財産権侵害等に関する法理と異なり、パブリシティ権侵害に関して言論の自由との調整を前提とした、明確な基準が構築されていないことから、それぞれの訴訟においてアドホックな利益衡量が行われることになる。そこでは、前述のように、パブリシティ権を保障する根拠、言論の自由への影響等が考慮されるが、明確な基準の構築が必要不可欠なものとなる。このことから、関連性テスト、変容テスト、主要目的テス

トの三つの基準が提示されているが、言論の自由への萎縮効果による私的検閲の危険性等、それぞれ一長一短がある。以上の判例による明確な基準の構築に向けた試みをうけて、この問題に関する議論が盛んである。そこでは、三つの判断基準をより精緻なものとし、より適正な審査基準の提案を行うものもあれば、⁽¹⁾財産的利益に基づいた権利構成自体に問題があるとして、人格的利益の側面を基本とした新たな権利概念の構築を試みるものもある。⁽²⁾

本稿は、これらの議論の前提として、これまでパブリシティ権侵害が言論の自由を保障する合衆国憲法修正第一条上どのような審査基準が構築されてきたのかを検討したが、このことを前提として法理的な議論を分析し、この問題についてさらに検討してきた。

注

- (1) See, e.g., Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 Hous. L. Rev. 903 (2003); Gloria C. Franke, *The Right of Publicity vs. The First Amendment: Will One Test Ever Capture The Starting Role?*, 79 S. Cal. L. Rev. 945 (2006); Diane L. Zimmerman, *Money as a Thumb on the Constitutional Scale: Weighing Speech Against Publicity Rights*, 50 B.C. L. Rev. 1503 (2009).
- (2) See, e.g., ROBERTA R. KWALL, *THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES* (2009); ROBERTA R. KWALL, *A Perspective on Human Dignity, the First Amendment, and the Right of Publicity*, 50 B.C.L. Rev. 1345 (2009). See also Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L. Rev. 125 (1993).